



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Derecho Civil

Curso /2016/2017

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE MENORES

Estudiante: María Hernández Granado

Tutor: M^a José Vaquero Pinto

Junio 2017

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento De Derecho Privado

Derecho Civil

**LA GUARDA Y CUSTODIA
COMPARTIDA DE MENORES**

SHARED CUSTODY OF MINOR

Estudiante: María Hernández Granado

e-mail del estudiante: marya_zmr@hotmail.com

Tutor/a: M^a José Vaquero Pinto

RESUMEN

La custodia compartida es una figura jurídica que en nuestra sociedad cada vez está más demandada, ello nos hace comprender que, en la mayoría de las ocasiones, por diferentes motivos, es más beneficiosa que establecer una custodia exclusiva para uno de los progenitores. Es conveniente no sólo para los hijos menores, sino también para sus respectivos padres ya que supone una situación de igualdad.

La posibilidad de establecer la custodia compartida hace, en buena medida, que no se rompa la convivencia del día a día de los menores con sus progenitores. Además, posibilita la buena relación o, al menos, el intento de tener un vínculo cordial entre los padres y un diálogo y colaboración continua respecto de los asuntos que atañen a sus hijos, a pesar de que se haya producido una ruptura matrimonial.

PALABRAS CLAVE: Guarda y custodia compartida, alternancia, interés del menor, alimentos, vivienda familiar, igualdad, progenitores.

ABSTRACT

Shared custody is a legal figure that is increasingly in demand in our society. This makes us understand that on most occasions, for different reasons, it is more beneficial than establishing exclusive custody for one of the parents. It is convenient not only for the minor children, but also for their respective parents since it supposes a situation of equality.

The possibility of establishing shared custody makes in good measure that the day-to-day coexistence of minors with their parents is not broken. It also makes possible the good relationship or at least the attempt to have a cordial relationship between the parents and a continuous dialogue and collaboration regarding the issues that concern their children, even though there has been a breakup in marriage

KEYWORDS: Shared custody, alternation, interest of the minor, foods, family housing, parental equality.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. REFERENCIA A LA PATRIA POTESTAD.....	7
3. CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA.....	10
4. TIPOLOGÍA DE GUARDA Y CUSTODIA.....	11
<i>4.1 La custodia exclusiva o unilateral.....</i>	<i>12</i>
<i>4.2 La custodia partida.....</i>	<i>13</i>
<i>4.3 La custodia compartida o alterna</i>	<i>13</i>
5. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	14
5.1 Marco legal.....	14
5.2 Especial referencia al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.....	20
5.3 Modalidades de custodia compartida: reparto del tiempo.....	22
<i>5.3.1 Modelo temporal o de alternancia horaria en el mismo día.....</i>	<i>23</i>
<i>5.3.2 Modelo de alternancia diaria o de dos días.....</i>	<i>23</i>
<i>5.3.3 Modelo de alternancia semanal.....</i>	<i>23</i>
<i>5.3.4 Modelo de alternancia quincenal.....</i>	<i>23</i>
<i>5.3.5 Modelo de alternancia mensual.....</i>	<i>24</i>
<i>5.3.6 Modelo de alternancia trimestral.....</i>	<i>24</i>
6. CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	24
7. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR O “FAVOR FILII”.....	27
8. OBLIGACIÓN DE PRESTAR ALIMENTOS.....	29

9. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....	31
10. RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL DERECHO AUTONÓMICO.....	34
<i>10.1 Aragón.....</i>	<i>34</i>
<i>10.2 Cataluña.....</i>	<i>36</i>
<i>10.3 Navarra.....</i>	<i>37</i>
<i>10.4 Valencia.....</i>	<i>38</i>
<i>10.5 País Vasco.....</i>	<i>39</i>
11. CONCLUSIONES.....	41
12. BIBLIOGRAFÍA.....	43
13. JURISPRUDENCIA.....	46

1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día es frecuente ver conflictos derivados de una crisis matrimonial, ya sea en caso de nulidad, separación judicial o divorcio. Como consecuencia de la ruptura matrimonial, surgen muchas cuestiones que debemos resolver.

Entre ellas, se encuentra la referente a la forma más adecuada de ejercer la custodia de los hijos menores. Es decir, si le corresponde el cuidado de los hijos a uno de los progenitores de forma exclusiva o si, por el contrario, ambos ex cónyuges pueden tener la custodia compartida de sus hijos en plano de igualdad o, en último término, si debe concederse dicha custodia a una Institución pública que sea competente para el cuidado y protección del menor ya que es su interés el que debe prevalecer en todo momento.

En este trabajo haremos mayor hincapié en el tema del régimen de custodia compartida de menores, partiendo del análisis de la evolución histórica que ha sufrido esta figura, su regulación en el Código civil y los diferentes sistemas de guarda y custodia compartida en los Derechos autonómicos: Aragón, Cataluña, Navarra, Valencia y País Vasco.

Nuestro modelo de custodia compartida, como veremos posteriormente con mayor detenimiento, tiene su origen en la *Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*¹. Se pretende con ésta regulación la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad, tratando que tanto uno como otro progenitor puedan hacerse cargo de sus hijos menores, ya que permite expresamente que los cónyuges acuerden la custodia compartida en caso de crisis matrimonial.

Anteriormente se daba preferencia a la custodia exclusiva de la madre, pero como consecuencia de la evolución de nuestra sociedad y con la *Ley 11/1990 de 15 de octubre de reforma del Código Civil* en aplicación al principio de no discriminación por razón de sexo², esta situación ha cambiado. Hoy en día, la ley presume que ambos padres

¹ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

² Ley 11/1990 de 15 de octubre de reforma del Código Civil. BOE núm. 250, de 18 de octubre de 1990.

están igualmente capacitados para la crianza de los hijos, pero siempre atendiendo al beneficio del menor. Es un momento clave para analizar los previsibles cambios de regulación en un asunto que es de plena actualidad.

Por otro lado, nos referiremos a los criterios utilizados por los operadores jurídicos en el momento de resolver un supuesto de crisis matrimonial para la atribución de la custodia compartida.

También abordaremos el principio del interés superior del menor o “favor filii”, el cuál debe estar presente en todo momento, ya que son los hijos quienes más sufren las consecuencias de una ruptura matrimonial y por ello se debe velar por su propio interés prevaleciendo éste en todo caso.

Por último, haremos referencia a ciertas cuestiones que suscita una crisis matrimonial y la consiguiente guarda y custodia de los hijos, como es la obligación de prestar alimentos y la atribución del uso de la vivienda familiar en el ámbito de la custodia compartida.

2. REFERENCIA A LA PATRIA POTESTAD

Hay que partir de la idea de que se suelen confundir los términos de patria potestad y guarda y custodia, por ello procedemos a analizar e identificar la figura de la patria potestad y sus consecuencias.

La patria potestad está implícitamente contenida en nuestra Constitución Española de 1978, concretamente en el artículo 39.3 CE que establece textualmente lo siguiente: “*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*” Los progenitores no deben desentenderse de sus deberes como padres, ya que los hijos menores están amparados por este precepto constitucional y este deber de prestar asistencia que recoge nuestra Constitución y que recae en aquéllos.

De las relaciones paterno-filiales se ocupa el *Título VII del Libro I del Código Civil* (artículos 154 a 171 del CC.), presidido por la institución de patria potestad³. Pues bien,

³ El artículo 154 CC establece expresamente: “*Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en*

por patria potestad se puede entender, de forma general, el conjunto de facultades y deberes concedidos a los progenitores sobre la persona y bienes de sus hijos menores no emancipados en atención a su falta de madurez o a su capacidad de obrar.

DEL VAS GONZÁLEZ⁴ define el término patria potestad como “el conjunto de facultades que la ley concede a los padres sobre sus hijos menores o, en determinados casos, incapacitados, para el cumplimiento de los deberes que la paternidad les impone”.

De la propia interpretación del art. 154 C.C se puede colegir que “patria potestad” y “guarda y custodia” no son la misma cosa, pues entre ellas existe la relación del todo a la parte. Siendo esto así, PINTO ANDRADE nos señala que “en situaciones normales de convivencia de los progenitores, cuando los progenitores viven juntos y se relacionan con normalidad, la guarda y custodia sobre los hijos menores de edad se encuentra subsumida en la patria potestad que se ejerce conjuntamente por ambos progenitores”.⁵

Respecto a su contenido, el propio art. 154 C.C detalla que, junto a la facultad de “tenencia en compañía” de los menores, la patria potestad incluye el ejercicio de otras facultades que pueden englobarse bajo la idea de su educación, salud y atención de los menores: “*Velar por ellos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes*”.

Cuando alguno de los progenitores, o ambos, incumplen estos deberes paterno-filiales se les puede privar total o parcialmente de la patria potestad según establece el

interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”

⁴ DEL VAS GONZÁLEZ, J.M., *Instituciones Jurídicas de Protección del Menor en el Derecho Civil Español*, Colegio registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, págs. 252-253.

⁵ PINTO ANDRADE, C. “La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, 2015, págs.143-175, pág. 145

art. 170 C.C.⁶ Así, en esta línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de noviembre de 2015: “se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma”⁷. La Sala de lo Civil califica de graves y reiterados los incumplimientos del progenitor prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hija, sin acudir al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada. En este sentido, afirma que ha quedado afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor.

Igualmente, en la Sentencia de 6 junio 2014,⁸ se establece que “la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil , pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo”. En este supuesto la Comunidad Foral de Navarra formuló demanda frente a los progenitores de un menor, para que se declarase la privación de la patria potestad, al amparo de lo dispuesto en el art. 170 C.C, ya que el menor estaba en una situación de verdadero riesgo, abandono y desprotección, tanto material como moral.

⁶ Artículo 170 C.C: “*El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación*”.

⁷ STS de Madrid a 9 de noviembre de 2015 [Roj: STS 4575/2015]: en este caso se confirma la sentencia en la que se priva a un hombre de la patria potestad de su hija por no hacer frente a la pensión de alimentos ni al régimen de alimentos ni al régimen de visitas.

⁸ STS de Madrid a 6 junio de 2014, [Roj: STS 2131/2014]

De igual modo se pronuncia la Audiencia Provincial de Murcia en su sentencia de 21 de julio de 2015 que dispone lo siguiente: “(...) la institución de la patria potestad está establecida en beneficio de los hijos, por lo que la privación total o parcial de la misma deberá hacerse con carácter excepcional y cuando concurran causas poderosas, muy justificadas y gravemente perjudiciales para el menor (...)”⁹. En este supuesto, se priva al padre de la guarda y custodia, pues desde el nacimiento de su hija abandonó el domicilio familiar y retornó a México sin ayudar a su sostenimiento ni efectuar contacto alguno con la menor.

De esta jurisprudencia, se desprende la idea de que las causas principalmente invocadas para privar a uno de los progenitores de la patria potestad suelen ser, combinadamente, la desatención afectiva hacía el hijo, con quien se ha cortado toda relación personal, incumpliendo el régimen de visitas establecido, acompañada de impago de las pensiones alimenticias.¹⁰

3. CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA

Hasta la reforma del Código Civil operada por la ya citada Ley 15/2005 de 8 de julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, no se había utilizado la expresión guarda y custodia, como veremos más adelante; que, en cambio, si se había acuñado en la práctica en varias ocasiones y fue recogida por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, concretamente en los arts. 748.4 y 770.

Hoy en día la atribución de la guarda y custodia de los hijos comunes supone una de las cuestiones más delicadas y difíciles de resolver en los procedimientos de separación y divorcio, ya que está en juego el interés superior del menor.

⁹ SAP de Murcia, Cartagena, Sec. 5.ª, a 21 de julio de 2015. [Roj: SAP MU 2272/2016]: Lo que se ha constatado es un reiterado incumplimiento por el demandado de las obligaciones que venían impuestas en las sentencias y una absoluta dejación de los deberes más elementales para con su hija, que comenzó ya cuando la menor contaba muy temprana edad.

¹⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, A, “Comentario al artículo 92 CC” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (Dir.), Comentarios al Código Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 941

El término custodia hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones que nacen para el progenitor de su convivencia con los hijos menores, sin que ello implique para tal progenitor un estatus jurídico privilegiado frente al otro. Por lo que no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio las decisiones relativas a la fijación del lugar de residencia del menor y los posteriores traslados de domicilio de éste que lo aparten de su entorno habitual; las referidas a la elección del centro escolar o institución de enseñanza, pública o privada, y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica...

GARCÍA PASTOR¹¹ entiende por guarda y custodia el “conjunto de funciones parentales que requieren el contacto constante entre el adulto y el niño”. Por su parte, GUILLARTE MARTÍN-CALERO¹² definió la custodia como “aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial, bien de forma alterna o sucesiva en los períodos prefijados convencional o judicialmente y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: alimentación, cuidado, atención, educación, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo culpa o negligencia”.

4. TIPOLOGÍA DE GUARDA Y CUSTODIA

A pesar de que la atribución de la guarda en exclusiva al padre o a la madre sigue siendo la fórmula general, la guarda alterna ha sido reclamada como modelo legal principal, para evitar que uno de los progenitores esté en una posición preferente o de superioridad, en lo que a la guarda y custodia de sus hijos se refiere, respecto al otro progenitor. Vamos a proceder a ver los diferentes modelos existentes de guarda y custodia:

¹¹ GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, McGraw-Hill interamericana, Madrid, 1997, pág. 74

¹² GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C. “La custodia compartida alternativa: un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2008, págs. 33, pág. 4.

4.1 La custodia exclusiva o unilateral

En este sistema el juez debe elegir al progenitor más idóneo para ejercer la guarda y custodia del hijo o hijos, tras la ruptura de la convivencia de los progenitores, atendiendo al caso concreto y siempre en interés del menor. No ocurre lo que sucedía en regulaciones anteriores en las que el juez tenía criterios preestablecidos para otorgar la guarda y cuidado de los hijos a un progenitor.¹³ La regulación legal parece partir del criterio de atribución de la custodia solo al padre o solo a la madre, no a ambos conjuntamente.

No puede olvidarse que el interés susceptible de protección prioritaria es el del menor, y de ahí que sea la solución más favorable para su adecuado desarrollo la que habrá de ser seleccionada. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2015 se estableció que "la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre". La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este". En este supuesto el juez ha considerado que lo más adecuado para la hija era dejarla bajo el cuidado de la madre.¹⁴

Elegido para ejercer la potestad de guarda uno de los progenitores, éste debe dispensar a los hijos la asistencia y cuidados que precisen, ya sean éstos domésticos, escolares y médicos.¹⁵

¹³ Hasta la reforma de 1981 se atribuía la custodia de los hijos al cónyuge inocente de la separación (antiguo artículo 73 CC) y hasta la ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre la reforma del código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, se establecía que si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedaran al cuidado de la madre (antiguo artículo 159)

¹⁴ STS de 8 de mayo de 2015 [Roj: STS 251/2015]

¹⁵ GUTIERREZ GUILARTE, V. (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*, Lex Nova, Valladolid, 2005 pág. 151.

Se podría pensar que este régimen supone, a la larga, que el menor con el progenitor con el que convive podría tener una relación más afectiva y afín que con el otro cónyuge no custodio.

4.2 La custodia partida

Se trata de un sistema que responde a la posibilidad de que los progenitores no convivientes se distribuyan la guarda y custodia de los hijos, conviviendo unos con el padre y otros con la madre. Pero se deduce que lo favorable es no separar a los hermanos según lo establece el art 92.5 C.C: *“El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”*.

En este sentido, el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de Septiembre del 2015¹⁶ establece textualmente que “los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible, pues lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse por que los hermanos se separen, esa medida se tomará de forma excepcional y especialmente motivada, demostrando ser más beneficioso para los hijos, pues si tras la separación los hijos dejan de convivir con ambos padres, los perjuicios pueden ser mayores si al mismo tiempo dejan de convivir con sus hermanos”. En este supuesto, la decisión que se toma se motiva y resulta lógica, razonable, no arbitraria y, respetuosa con el interés de los menores, pues convivirán el que es mayor de edad con la madre y los dos menores de más edad con el padre, por decisión de ellos a la que presta su conformidad los progenitores.

4.3 La custodia compartida o alterna

La formación legal de un régimen de guarda y custodia compartida basada en posiciones sociales, derivadas de la realidad, tiene el gran inconveniente de que en Derecho de Familia no existen dos casos iguales y por lo tanto implantar esta medida en

¹⁶ STS de 25 de Septiembre de 2015 [Roj: STS 3890/2015]

alguna situación puede ser beneficiosa para el menor y en otras ocasiones puede resultar contraproducente.¹⁷

Desde el punto de vista doctrinal, la custodia compartida, es una modalidad de atribución de la guarda que tiene por objeto distribuir el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno de los progenitores, para así procurar que ambos puedan tener con sus hijos la relación amplia y continuada que proporciona la convivencia común por períodos de tiempo más o menos prolongados.¹⁸

5. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

5.1. Marco legal

Para enmarcar esta cuestión de la guarda y custodia vamos a analizar la evolución histórica de la figura. Cabe decir que el marco social e institucional del matrimonio, así como las relaciones paterno-filiales, han experimentado grandes cambios y profundas transformaciones en España, ya no solo por los requerimientos sociales que imperan en cada época, sino por los diferentes roles que van desarrollando los progenitores y por las conductas en el hogar familiar que manifiestan los mismos.

Comenzamos mencionando en primer lugar la *Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870*¹⁹ por la que se introducía por primera vez en España el matrimonio civil y preveía que en los supuestos de crisis matrimonial los hijos quedaran bajo la potestad del cónyuge inocente o bien, si ambos cónyuges eran culpables, bajo la autoridad del tutor o curador, aunque la madre mantendría en todo caso a su cuidado a los menores de 3 años, salvo que la sentencia dictara otra cosa²⁰

¹⁷ COLOMA ROMERO M^a. A., *La guarda y custodia compartida, una medida familiar igualitaria*. Editorial Reus S.A. , Colección scientia iuridica, Madrid, 2011, pág. 14

¹⁸ ALFONSO RODRIGUEZ, M^a. E. “Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y la LEC: guardia y custodia compartida”, *Anales de la facultad de Derecho*, 2006, págs. 83-97, pág. 88.

¹⁹ Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870. BOE núm. 175, de 24 de junio de 1870

²⁰ En estos casos, el cónyuge culpable quedaba privado de la patria potestad y los derechos sobre la persona y bienes de sus hijos pudiéndolos recobrar tras la muerte del cónyuge inocente

Años más tarde la *Ley republicana de divorcio de 2 de marzo de 1932*²¹ introdujo el divorcio como causa de disolución del matrimonio que hasta entonces no se permitía, y que “la madre mantendría a su cuidado en todo caso, salvo que la sentencia dispusiera otra cosa, a los menores de 5 años”.

Tras el *concordato entre el Estado español y la Santa Sede de 1953*²² y la *Ley de 24 de abril de 1958*, por la que se reforman los artículos del Código Civil sobre nulidad y separación²³ se determina en su art. 70 que “los hijos e hijas menores de 7 años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre “. Se observaba que, tras estas fechas lo que coexistía en nuestro estado eran dos clases de matrimonio, el canónico por un lado y el civil por otro, y que ambas clases eran indisolubles por divorcio.

Esta situación era incompatible con nuestro texto constitucional de 1978 en base principalmente a los principios de igualdad y libertad, por ello se produjo en 1981 una reforma del Código Civil mediante la *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*²⁴. Esta ley supuso un camino de cambios en la tendencia existente de atribuir la guarda de los hijos menores a la madre.

Hasta la *Ley 11/1990 de 15 de octubre de reforma del Código Civil*²⁵ no se suprimió el criterio de preferencia sobre la madre con la finalidad de eliminar las

²¹ Ley republicana de divorcio de 2 de marzo de 1932. BOE núm. 72, de 12 de marzo de 1932. Además, esta ley mencionaba que a falta de acuerdo, “*quedarían los hijos en poder del cónyuge inocente y si ambos fueran culpables o no lo fuese ninguno, la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas del divorcio y la conveniencia de los hijos, decidirá en poder de cuál de ellos han de quedar o los mandará proveer de tutor*”.

²² Concordato entre el Estado español y la Santa Sede, ciudad del Vaticano, 27 de agosto de 1953.

²³ Ley de 24 de abril de 1958. BOE núm. 99, de 25 de abril de 1958.

²⁴ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del C.C en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981

²⁵ Ley 11/1990 de 15 de octubre de reforma del Código Civil. BOE núm. 250, de 18 de octubre de 1990.

discriminaciones y desigualdades por razón de sexo que aún se mantenían en la legislación civil como hemos comprobado²⁶.

Se pasa de una concepción en la que se presumía que la madre estaba en mejores condiciones y con mayores capacidades que la figura paterna, para cuidar de sus hijos e hijas y criarlos, a un punto de vista neutral en el que no prevalece la figura materna sobre la paterna ni viceversa, sino que ambos están en iguales condiciones para ejercer el cuidado sobre sus hijos, ya que lo que debe prevalecer es el interés superior del menor.

Pues bien, ante todos estos cambios legislativos en esta materia que nos ocupa podemos distinguir cuatro etapas en relación con el régimen de guarda y custodia:

La primera de ellas la ubicamos anteriormente a la reforma de 1981. Se entendía que la obtención o pérdida de la guarda y custodia tras la nulidad o separación matrimonial, que se contemplaba en aquel entonces, era considerado como un premio o castigo respectivamente, según la inocencia o culpabilidad de la ruptura matrimonial.

La segunda etapa la enfocamos tras las reformas de 1981. El sistema que establecían las leyes de esta época dejaba en un segundo plano el tema de la culpabilidad. En el antiguo artículo 92 del Código Civil se disponía, sin tener en cuenta expresamente los términos de culpabilidad a la hora de determinar la guarda y custodia, que *“podría también acordarse cuando así convenga a los hijos que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos”*. Por tanto, esta modalidad de custodia por parte de uno de los progenitores supuso la práctica habitual. El cónyuge que se encargaba del cuidado de los menores era predominantemente la madre.

La tercera etapa viene establecida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre de reforma del Código Civil, y por la Ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modificaba el Código

²⁶ ATC 18 de diciembre de 1990 [ATC: 438/1990], se razonó que *“con la modificación operada por la ley 11/1990, el legislador ha eliminado de la redacción del citado precepto (...) la preferencia en favor de la madre del cuidado de los hijos e hijas menores de siete años en caso de separación de los padres y a falta de mutuo acuerdo entre los mismos, preferencia que ha sido suprimida en la nueva redacción que establece la ley 11/1990, dictada, según su Preámbulo, con el fin de “eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad”*

Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio que dieron nueva redacción a los artículos 90, 92, 97 y 103 del Código Civil, y es la etapa vigente actualmente. Esta mencionada ley introdujo de una manera expresa y formal la figura de la guarda y custodia compartida de los hijos.

Actualmente, los ordenamientos jurídicos de los países más desarrollados han ido estableciendo progresivamente un régimen de custodia compartida, como ocurre en la mayor parte de los Estados Unidos que han evolucionado desde un sistema de custodia unilateral, imperante en los años setenta, a la implantación de la custodia compartida, incluso aunque los padres no estén de acuerdo.²⁷

Anteriormente, los jueces y tribunales acordaban la guarda y custodia compartida excepcionalmente. Este carácter excepcional de su reconocimiento se fundaba en la falta de regulación legal, tal como establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 2005²⁸ y en el principio general del interés del menor como establece MARTÍN-CALERO²⁹.

Además en la praxis judicial se consideraba que la experiencia se había encargado de demostrar que esta especial modalidad de guarda supone una alteración sustancial de los hábitos de conducta del niño, provocando una inseguridad e inestabilidad en el mismo.³⁰

TELLECHEA³¹ piensa que “para muchas parejas en conflicto, la guarda y custodia de los hijos e hijas, es por un lado un negocio económico, y por el otro lado, una

²⁷ OTERO CRESPO, M. y GARCÍA RUBIO, M. “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la ley 15/2005”, *Dereito: Revista xuridica da universidade de Santiago de Compostela*, 2005, págs. 95-129, pág. 114.

²⁸ SAP de Cantabria, Sección 4ª, de 22 de Junio de 2005 [Roj: 366/2005]; deniega la custodia compartida por falta de reconocimiento legal. STS de 15 de junio de 2016 [Roj: 400/2016]

²⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La custodia compartida alternativa”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2008, págs. 33, pág. 10.

³⁰ GONZALEZ SARAVIA A, Mª, CRIADO GARCIA J. J (Direc), *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*. Consejo general del poder judicial, Madrid, 2008, pág. 197.

³¹ COLL TELLECHEA, Mª. J., “La custodia compartida”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2001, págs. 52, pág. 34.

situación que le posiciona con cierta fuerza para jugar al llamado juego de los afectos, no sólo con la ex pareja, sino con todo el entorno familiar de ésta”. Por lo que a su entender podría considerarse como una figura jurídica irreal.

Pero esta situación de excepcionalidad ha ido evolucionando. Las dos posibilidades que establece el art. 92 CC para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida parten del requisito esencial de que medie la petición de al menos uno de los progenitores.

Aunque, como bien señalan ALASCIO CARRASCO y MARÍN GARCÍA “será siempre necesario un control judicial sobre la autonomía de los cónyuges, ya que éstos pueden hacer un uso nada ortodoxo de su libertad de decisión.”³²

Así lo ha establecido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de junio de 2016³³, que establece que “los dos casos previstos por el art. 92 CC para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida, parten de un mismo “requisito esencial para acordar este régimen: la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda”. Por lo que en este supuesto, se anula el régimen de custodia compartida de una menor, concedido a su padre y su madre, porque ninguno de los dos lo había solicitado, ya que ambos pedían la custodia exclusiva.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2015³⁴, entiende “que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente

³² ALASCIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I. “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, págs. 23, pág. 20.

³³ STS de 15 de junio de 2016 [Roj: STS 400/2016]

³⁴ STS de 16 de febrero de 2015 [Roj: STS 615/2015]

un crecimiento armónico de su personalidad, (...) en este caso, el sistema de custodia compartida: fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; evita el sentimiento de pérdida; no se cuestiona la idoneidad de los progenitores, y se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor”. Lo que hace que el régimen de custodia compartida sea el deseable.

Además, la adopción del régimen de guarda y custodia compartida ya no depende del informe favorable del Fiscal, tal y como se establece en la redacción del art 92.8 CC, sino de la valoración que merezca al Juez la adecuación de dicha medida al interés del menor.

Así pues, será punto de partida que la guarda y custodia compartida no es lo excepcional sino que debe ser la regla general siempre que no resulte perjudicial para el menor, pues “el mantenimiento de la potestad conjunta resulta sin duda la mejor solución para el menor en cuanto le permite seguir relacionándose establemente con ambos padres” tal y como estableció el Tribunal Constitucional en la sentencia de 17 de octubre de 2012³⁵, en relación a la inconstitucionalidad del requisito del informe «favorable» del Ministerio Fiscal en el supuesto previsto en el art. 92.8 CC para la adopción de la guarda y custodia compartida promovida a instancia de uno solo de los progenitores.

Como textualmente concluye, en la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional “el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional”.

³⁵ STC de 17 de octubre, 2012. [RTC 185/2012]. Cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006. Planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria en relación con el artículo 92.8 del Código civil, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio

A partir de dicha sentencia, el apartado 8 del art. 92 CC queda modificado, eliminándose el adjetivo favorable, ya que es contrario a lo dispuesto en el art 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al juez o Tribunal verificar y valorar, sin vinculación del Ministerio Fiscal, y finalmente adoptar la decisión que le resulte más favorable para el menor con plena libertad.³⁶ Así se pone fin al debate suscitado respecto a la subordinación al informe favorable del MF de la concesión de la custodia compartida a solicitud de un solo progenitor.

La cuarta y última etapa sería aquella que se pretende con el *Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio*³⁷, teniendo en cuenta las variables que el régimen actual está suscitando en la práctica. A pesar de que no ha prosperado, sí nos parece interesante proceder a su análisis.

5.2. Especial referencial al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio

Con este Anteproyecto de Ley se pretende pasar del enfrentamiento, que en la mayoría de las ocasiones se produce entre los cónyuges tras la ruptura conyugal, a una situación donde reine la cooperación y el acuerdo entre ellos.

Lo que se quiere, además, es concienciar a los cónyuges y progenitores sobre la necesidad de pactar en caso de ruptura un “*plan de ejercicio de la patria potestad, como corresponsabilidad parental, en relación con los hijos*”. Este plan consistirá en un modelo por el que se concretará el ejercicio de responsabilidad parental que van a ejercer los progenitores, sus compromisos asumidos, el cuidado, la educación de los hijos, así como el tema económico implicado. Con ello se incentiva a los progenitores, tanto si lo deciden de mutuo acuerdo (convenio regulador) como si el proceso es contencioso, a establecer y organizar ellos mismos el cuidado de sus hijos tras la crisis y ruptura matrimonial.

³⁶ PÉREZ CONESA, C., “Inconstitucionalidad del inciso “favorable” del artículo 92.8 del Código Civil relativo a la custodia compartida solicitada por un solo cónyuge”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil*, nº 9, 2013, págs. 61-67, pág. 65

³⁷ Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013. El día 27 de octubre de 2015 se publicó en el BOE el Decreto de disolución de las Cortes y de convocatoria de elecciones generales para el 20 de diciembre, sin que la Ley llegara a ver la luz. El Anteproyecto llegó a ser informado por el Consejo General del Poder Judicial y por el Consejo Fiscal y el Consejo de Estado emitió su correspondiente Dictamen en el 2014.

En todo caso, si existe convenio regulador (art. 90 CC.) siempre que éste no sea perjudicial para los hijos o contrarios para su propio interés, que en cuyo caso puede denegarse judicialmente, se da prioridad a lo acordado por ambas partes.

Por lo que de lo establecido en el anteproyecto en el artículo 92 bis apartado 1: *“El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida”*, se observa que el Gobierno, no establece como preferente el sistema de custodia compartida, ni siquiera el monoparental o individual, y deja plena libertad al Juez para decidir en interés de los hijos una custodia individual o compartida de los mismos. Sin embargo, este precepto va más allá de lo que dispone el vigente artículo 92.8 CC: *“el Juez a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*; y que, por tanto, exige la petición de, al menos, uno de los progenitores, para que el operador jurídico tenga la posibilidad de establecer un régimen de custodia compartida.

Con el Anteproyecto se pretende que sea posible que el Juez adopte un régimen de custodia compartida aun cuando ambos progenitores quieran la custodia de los hijos para sí, es decir, aunque ninguno de los progenitores solicite la custodia compartida, ello siempre protegiendo el especial interés del menor.

Respecto a esto último mencionado, cabe indicar que el Consejo General del Poder Judicial emitió informe el 23 de septiembre de 2013 en el que criticaba este anteproyecto ya que entiende que si ninguno de los progenitores desea la custodia compartida no se observa la cooperación que debe existir entre ambos para que sea exitosa la implantación de dicho sistema, puesto que como sabemos las cuestiones relativas al cuidado, guarda, educación, protección etc. deben ser establecidas de forma consensuada por ambos progenitores para la salvaguarda del interés del menor.

Por último, en este anteproyecto, se incorpora la posibilidad de que los progenitores de común acuerdo o por decisión judicial puedan acudir a la mediación familiar, técnica muy común y eficaz para resolver discrepancias en caso de ruptura, así como para incentivar y favorecer el acuerdo entre los progenitores y evitar el nacimiento de litigios.

Con esta nueva Ley, la custodia compartida dejaría de ser un régimen excepcional para convertirse en un sistema general. Se tendría en cuenta la disponibilidad de ambos progenitores para atender a los menores en el día a día.

Además, es muy importante la mención que se hace a la mediación familiar para poder solucionar los conflictos que pudieran plantearse a fin de evitar su judicialización.

Sin embargo, se olvidan de las uniones no matrimoniales, sobre todo las registradas, ya que la Ley se limita a la custodia compartida sobre hijos cuyos progenitores estuvieron casados y no sobre las parejas no casadas, que cada vez son más mayoritarias en nuestra sociedad.

Ante este último punto, debería tenerse en cuenta uno de los grandes reglamentos comunitarios que supuso un gran avance en esta materia como es el *Reglamento 2201/2013, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*³⁸, ya que permite solucionar situaciones de protección del menor de carácter transfronterizo con independencia de la situación de sus progenitores.

5.3 Modalidades de custodia compartida: reparto del tiempo

A continuación, vamos a proceder al análisis de diferentes sentencias donde se pueden observar los distintos modelos de alternancia cuando se concede la custodia compartida. Como veremos, existe una amplia variación y flexibilidad del tiempo de guarda y custodia para cada progenitor.

CAMPUZANO TOMÉ³⁹ defiende la idea de que “no es función del legislador establecer fórmulas generales que permitan crear un sistema legal de custodia compartida. De lo que se trata es de conseguir que la ley arbitre un marco lo suficientemente amplio y flexible como para dar cabida en él a todas las posibles opciones de custodia adaptadas a cada caso concreto”.

³⁸ Reglamento 2201/2013, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonio y de responsabilidad parental. DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

³⁹ CAMPUZANO TOMÉ, H. “La custodia compartida.: doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales”, *Aranzadi civil: revista quincenal, Pamplona, 2005*. pág. 5

5.3.1 Modelo temporal de alternancia horaria en el mismo día

A título ejemplificativo tenemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 21 marzo de 2007, mediante la cual se estimó que procedía mantener el régimen de visitas a favor de la madre, por cuanto se fija de 16 a 20 horas sábados y domingos alternos, en lugar de fines de semana alternos durante dos horas los viernes por la tarde y otras dos horas el sábado por la mañana.⁴⁰

5.3.2 Modelo de alternancia diaria o de dos días

En este caso tenemos la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 3 de noviembre de 2006⁴¹ por la que se estableció que los hijos permanecerán con el padre los martes y los jueves desde la salida de la escuela hasta el día siguiente, en que los llevará a la escuela, así como los fines de semana alternos, desde la salida de la escuela el viernes hasta el lunes por la mañana que se reincorporen a la escuela, y con la madre, los lunes y los miércoles desde la finalización de las clases hasta el día siguiente, en que los llevará a la escuela, así como el resto de los fines de semana alternos, desde la salida de la escuela el viernes hasta los lunes por la mañana en que se incorporen en la escuela.

5.3.3 Modelo de alternancia semanal

Para ejemplificar este modelo de custodia tenemos la sentencia del tribunal supremo de 22 de octubre de 2014⁴². En este supuesto el reparto del tiempo se hará atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores, y a falta de acuerdo, el reparto de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes.

5.3.4 Modelo de alternancia quincenal

En este sentido, se estableció por parte de la Audiencia Provincial de Barcelona 9 de mayo de 2012⁴³, “que las dificultades que se han puesto de manifiesto en el

⁴⁰ SAP de Barcelona de 21 de marzo de 2007 [Roj: SAP 237/2007]

⁴¹ SAP de Gerona de 03 de noviembre de 2006 [Roj: 408/2006]. Se confirmó la sentencia del tribunal a quo que fijó una custodia compartida, aunque los domicilios de los progenitores no estaban próximos, pero sí estaban en el mismo municipio.

⁴² STS de 22 de octubre de 2014 [Roj: STS 4084/2014]

⁴³ SAP de Barcelona de 9 de mayo de 2012 [Roj: SAP B 4487/2012]

cumplimiento del régimen de visitas han venido determinadas por el sistema de alternancia quincenal que se estableció, y no por el propio régimen de custodia compartida”. En un primer momento estaba establecido dicho modelo quincenal, pero finalmente se revocó parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto al sistema de ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, que se mantiene de forma compartida, pero pasando a tener a la madre consigo al menor durante el curso escolar todas las noches de los días domingos, lunes y martes, y al padre las de los miércoles y jueves.

5.3.5 Modelo de alternancia mensual

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia del 2 de julio de 2012⁴⁴, el hijo del matrimonio en conflicto mostró su voluntad de vivir con los dos progenitores, por períodos mensuales, y de ver al otro progenitor durante el periodo en que no conviva libremente.

5.3.6 Modelo de alternancia trimestral

La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de septiembre de 2005⁴⁵ atribuyó la custodia compartida de los menores a ambos progenitores por períodos alternos de tres meses, condicionado a que ambos residan en la misma localidad o, de residir en distintas localidades estas no disten entre si más de 25 kms.

6. CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

En este epígrafe vamos a detenernos en los criterios y factores que valoran los tribunales a la hora de decidir la atribución de la custodia compartida de los hijos menores, tras la ruptura de la convivencia de sus padres. Teniendo presente que dominan dos ideas a la hora de la determinación judicial de dicha custodia; la primera de ellas es el principio general del interés superior del menor, cuyo análisis más pormenorizado abordaremos después, y la segunda es la discrecionalidad judicial en la determinación de dicho interés.

⁴⁴ SAP de Valencia de 2 de julio de 2012 [Roj: SAP 483/2012]

⁴⁵ SAP de Zaragoza de 22 de septiembre de 2005 [Roj: SAP 499/2005]

El CC simplemente establece en su art 92.6 que “*el juez deberá valorar la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos, como criterio para determinar la idoneidad con el régimen de guarda*”, pero es necesario que en estos asuntos tan delicados en los que el principal protagonista es el menor, el juez debe tener en cuenta otras circunstancias tales como la edad, la situación laboral, la ubicación de los domicilios, situación económica etc.

Por lo tanto, el ordenamiento jurídico y el CC deja en manos de la discrecionalidad del juez su determinación en cada caso concreto.

En este sentido, señala PINTO ANDRADE⁴⁶ que “en estas situaciones, la norma no nos ofrece la solución directa sino que ésta debe ser buscada por el juez acudiendo a criterios de valor o de experiencia valorando las circunstancias, indicadores, factores o elementos fácticos concurrente en cada caso, factores que pueden ser destilados por la Jurisprudencia”.

Una de las sentencias más emblemáticas en estos términos y mediante la cual el Tribunal Supremo fijó una serie de criterios para la atribución de la guarda y custodia compartida es la sentencia de 29 de abril de 2013⁴⁷.

Se establece en el fallo que la interpretación de los art 92,5,6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, y que se acordará cuando concurren criterios tales como: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente etc.

Como ejemplo de uno de estos criterios tenemos la Sentencia de 16 de febrero de 2015⁴⁸, mediante la cual el Tribunal supremo consideró razonables las divergencias

⁴⁶ PINTO ANDRADE, C., “La custodia compartida en la práctica judicial española”...cit., pág. 155.

⁴⁷ STS de 29 de abril de 2013 [Roj: STS 3269/2013]

⁴⁸ STS de 16 de febrero de 2015 [Roj: STS 96/2015]

entre los padres, lo cual no imposibilita el régimen de guarda y custodia compartida “que es deseable porque fomenta la integración del menor con ambos progenitores”.

Sin embargo, en la sentencia de 9 de marzo de 2016⁴⁹, el alto tribunal recuerda que “la adopción del sistema de custodia compartida requiere de una mínima capacidad de dialogo, para no perjudicar el interés del menor”, y en el presente caso no se puede establecer la custodia compartida ya que los padres se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados.

Además, la sentencia de 15 de octubre de 2014⁵⁰ estableció que los criterios mencionados han de ser integrados con hechos y pruebas: “ la obligación de los padres es no sólo interesar este sistema de guarda sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, períodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas”.

En definitiva, se deben tener en cuenta a la hora de tomar la decisión judicial a cerca de la guarda y custodia de los hijos menores todos aquellos criterios y valoraciones que redunden en beneficio del menor en todo caso. Sin embargo, no se deben admitir como criterios válidos la “deslocalización” de los niños ni la actitud de uno de los progenitores que abandonó el hogar familiar porque la custodia compartida no es un premio al progenitor que mejor se haya comportado en la crisis matrimonial⁵¹.

⁴⁹ STS de 9 de marzo de 2016 [Roj: STS 143/2016]

⁵⁰ STS de 15 de octubre de 2014 [Roj: STS 515/2014]

⁵¹ DÍAZ MARTÍNEZ, A, “Comentario al artículo 92 CC” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (Dir.), Comentarios al Código Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 948

7. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Como es de saber, y atendiendo a los casos suscitados en torno a procesos matrimoniales, son los intereses del menor los que predominantemente están en juego y necesitan de una protección especial, sobre todo, cuando hay otros intereses en juego como los de sus progenitores, y por ello, es el interés superior del menor el criterio que hay que tener en cuenta en las decisiones que afecten a los menores.

El *favor filii* o *favor minoris* es un principio universal regulado en una pluralidad de ordenamientos jurídicos autonómicos, nacionales, europeos e internacionales, entre los que podemos mencionar a modo de ejemplificación la *Carta Europea de los Derechos del Niño* de 21 de Septiembre de 1992⁵² y la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.⁵³

Dichos textos normativos sirven como pauta para el operador jurídico a la hora de dictar sentencia en estos aspectos de custodia compartida.

En este sentido, LÓPEZ ALMANSA, dice que “hay que destacar que el interés de los menores va a ser el criterio rector de todas las medidas que se adopten. Y para ello, la autoridad judicial va a tener, en todo caso, la última palabra, por encima e incluso en contra del propio acuerdo de los padres. Se configura así como un derecho que tienen hijos y progenitores a seguir teniendo una relación paterno y materno filial igualitaria, al que no se puede ni debe renunciar.”⁵⁴

Según MORENO BOBADILLA, se trata de un “concepto jurídico indeterminado que varía conforme evoluciona la sociedad, y que además se ve influido por una gran cantidad de factores (sociales, económicos, jurídicos, intelectuales, políticos, etc.), pero

⁵² Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992)

⁵³ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996. Cuyo art 2 dice así “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”

⁵⁴ LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, L. “La novedosa figura de la custodia compartida tras la ley 15/2005 de 8 de julio y el interés superior del menor”, Scio, Nº1, págs. 81-90. pág. 84

que siempre trata de garantizar que se cumplan las condiciones más beneficiosas posibles para los menores, engarzando para ello dos conceptos: la protección y el desarrollo responsable de la infancia.⁵⁵

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ define el principio del interés superior del menor como “concepto jurídico indeterminado que se forma en la conciencia del juez a partir de la valoración de una serie de circunstancias que adquiere a lo largo del proceso, en base a los datos aportados por las partes interesadas, para lo cual debe prescindir de sus principios personales, convicciones políticas, religiosas o educaciones sobre el matrimonio, la familia, los hijos y el divorcio”⁵⁶. Por lo tanto, considera dicho principio como algo difuso, al igual que el anterior autor, y que por tanto no hay un concepto generalizado del mismo al que poder acudir.

Centrándonos en el ámbito de la guarda y custodia compartida, el Tribunal Supremo se ha ocupado de interpretar el art 92 CC en lo que respecta al interés superior del menor⁵⁷. Por ello, es interesante uno de sus pronunciamientos en la sentencia de 10 de enero de 2012, que determina que “hay que precisar que todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes y que lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 CC como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda”.⁵⁸

Por lo tanto, hay que evitar las decisiones discrecionales de los jueces y tribunales estableciendo unos criterios de determinación del “interés del menor”. Verdaderamente

⁵⁵ MORENO BOBADILLA, A, “El interés superior del menor en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, N°11, 2016, págs. 142-149, pág. 144.

⁵⁶ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C, “Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión”, *Actualidad Civil*, N°12, 1999, págs. 303-320, pág. 308.

⁵⁷ El art 92 CC relativo a la atribución de la guarda y custodia compartida tras la ruptura de los progenitores, en cualquiera de sus modalidades, debe estar fundamentada en el interés del menor.

⁵⁸ STS de 10 de enero de 2012 [Roj: STS 2012/3642]

lo relevante a la hora de concretar en cada caso el interés del menor, es que los elementos utilizados por el juez en las medidas de carácter personal o patrimonial deben ser puntos de referencia universalmente aceptados⁵⁹, para evitar así tantos pronunciamientos como jueces haya.

8. OBLIGACIÓN DE PRESTAR ALIMENTOS

Una de las consecuencias ligadas a la relación de parentesco entre padres e hijos es ésta obligación de prestar alimentos nacida de la ley.

Cabe decir que el CC no define que debe entenderse por obligación de alimentos, aunque en su art. 142 describe su contenido “*Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*” De la misma manera, los alimentos incluyen “*educación e instrucción del alimentista, mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable*”, así como “*los gastos de embarazo y de parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo*”.

Respecto de las personas obligadas a prestar alimentos debemos indicar que están sujetas a ello los cónyuges, hermanos, y ascendientes y descendientes, tal y como lo establece el art 143 CC. En este punto, es preciso tener en cuenta que en la relación paterno-filial, entre padres e hijos menores, los alimentos son manifestación de los deberes de la patria potestad, tal y como establece el art 154 CC.⁶⁰

Por lo tanto, la obligación de prestar alimentos a los hijos existe incluso cuando se dé un proceso de nulidad, separación y divorcio y que, por tanto, pueda dar lugar a la custodia compartida de los menores.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2015⁶¹ establece lo siguiente: “De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los

⁵⁹ ROCHA ESPÍNDOLA, M. “La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, N°2, 2015, págs. 43-86, pág. 17

⁶⁰ Artículo 154.1 CC: *Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*

⁶¹ STS de 2 de marzo de 2015. [Roj: STS 111/2015]

progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico.”

Añade que lo normal será “fijar siempre un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante”.

Así pues, el interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo “en todo caso”, conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como refleja el artículo 93 CC⁶² y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 CC.

En relación con esto último, el art 145 CC dispone que “*cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo*”. Por lo tanto, ambos progenitores, tienen la obligación de satisfacer, proporcionalmente a sus recursos económicos, los alimentos de los hijos.

Existe jurisprudencia que establece que la custodia compartida no conlleva necesariamente la extinción de la pensión de alimentos entre los progenitores, sino que permitirá compensar situaciones de desigualdad entre ambos.⁶³

Cuando existe un desnivel económico entre los progenitores, es necesario y lógico que se compartan los gastos de alimentos de los hijos menores, ya que sino los

⁶² Art 93 CC: “El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.”

⁶³ STJ de Cataluña de 31 de Julio de 2008 [Roj: STJ 29/2008]

menores tendrían un nivel de vida bastante diferenciado al convivir con uno y otro progenitor.

Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 16 de abril de 2012⁶⁴ establece que “la guarda y custodia compartida no impide el establecimiento de una pensión de alimentos a favor del hijo común, siempre que las circunstancias económicas, patrimoniales y personales de un progenitor con respecto del otro sean suficientemente relevantes y el interés del menor así lo aconseje”. Aunque, dicha contribución que, en este supuesto, el padre prestaría para cubrir los alimentos del menor durante la custodia de su madre, debería respaldarse por parte de quien lo solicita en una prueba solvente que acredite el aventajamiento paterno en los ingresos.

El sistema de custodia compartida no exime del pago de la pensión de alimentos si hay desproporción en los ingresos de los padres. Como ejemplo de ello tenemos la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2016⁶⁵, por la que el magistrado no acepta la petición del padre de que, al adoptarse la custodia compartida ya no es necesario el pago de alimentos, pues cada progenitor se debería hacer cargo de los mismos durante el tiempo que dure la custodia.

En conclusión, los conceptos “custodia compartida” y “pensión de alimentos” no son incompatibles, tal y como se cree, en general, por la sociedad. Así pues, mediante la Sentencia de 14 de octubre de 2015, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁶⁶ se establecía que “no puede contemplarse como un efecto necesario o ineludible de la guarda y custodia compartida la extinción de la obligación de uno de los progenitores-o de los dos- de abonar una pensión de alimentos en favor de los hijos”.

9. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Cuando se produce una ruptura matrimonial y se establece el régimen de custodia compartida, nos preguntamos a quien de ambos progenitores se le va a atribuir

⁶⁴ SAP IB de 11 de abril de 2012 [SAP IB 819/2012]

⁶⁵ STS de 11 de febrero de 2016 [Roj: STS 359/2016]

⁶⁶ STSJ CAT de 14 de octubre de 2015 [Roj: STSJ CAT 10171/2015]

el uso y disfrute de la que hasta el momento de la crisis matrimonial era la vivienda familiar.

El criterio legal para la atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores, y a falta de acuerdo entre los cónyuges, se encuentra establecido en los arts. 96.1 CC: *“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinaria en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía se queden”*. Pero en supuestos de custodia compartida no sería de aplicación dicho precepto ya que ambos progenitores ostentan la guardia y custodia de los hijos menores.

En el párrafo 2 se establece que *“existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, permite al juez resolver “lo procedente”*. Por lo tanto, sería de aplicación analogía éste precepto, a pesar de que no establece una regla general para todos los supuestos de custodia compartida, sino que habrá que atender al caso concreto para asignar el derecho de uso de la vivienda familiar.

Respecto de esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia dictada el 24 de octubre de 2014⁶⁷, estimando el recurso de casación con el que se pretendía que se adoptase una solución en relación a la atribución de la vivienda al cónyuge no titular de la misma en casos de custodia compartida, atribución que conforme al art 96.3 CC debe conllevar en todo caso un término concreto o límite temporal de uso.

En la mencionada sentencia se establece que *“se debe llevar a cabo una labor de ponderación de las circunstancias del caso con especial atención a dos factores: el interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres; y, si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero”*.

⁶⁷ STS de 24 de octubre de 2014 [Roj: STS 4249/2014]

El tribunal supremo ha seguido con firmeza el criterio de identificar la “protección del interés superior del menor” con la adjudicación a su favor del disfrute del inmueble, sin posibilidad de limitación temporal alguna al contenido de dicho derecho.”⁶⁸ A diferencia de la jurisprudencia que está a favor de limitar temporalmente el derecho de uso sobre la vivienda familiar reconocido a favor de uno de los cónyuges.

SÁNCHEZ AGUIRRE defiende la idea de que “en situaciones de custodia compartida, privar a uno de los cónyuges del derecho de uso sobre la vivienda familiar resulta si cabe más controvertido que en los supuestos de guardia monoparental. Y es que, en tal caso, el favor filii no justificará por sí solo la medida, porque los hijos disfrutarán generalmente de períodos o estancias tan amplios con un cónyuge -al que se atribuyó la vivienda de la familia- como con el otro -aquél que quedó despojado de su uso”.⁶⁹

Se ha indicado, y con razón, que “la forma óptima de cohonestar todos los intereses en juego en materia de vivienda familiar es que el cónyuge al que se le atribuya el uso de la vivienda familiar compense económicamente al que se ve privado del derecho a ocupar una vivienda que es total o parcialmente suya”.⁷⁰

El CC carece de una norma expresa que reconozca al cónyuge desprovisto del derecho de uso sobre la vivienda una compensación económica a cargo del otro. Sin embargo, el art. 96.4 del CC según el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia dispondría que *“la atribución del uso de la vivienda a uno solo de los cónyuges se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación*

⁶⁸ STS de 3 de abril de 2014 [Roj: STS 181/2014]: La sentencia afirma que el art. 96 del Código Civil no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores.

⁶⁹ SÁNCHEZ AGUIRRE, C. “El uso de la vivienda familiar en España en el régimen de custodia compartida”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2015, págs. 89-103, pág. 101.

⁷⁰ CUENA CASA, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, abril-junio, 2014. Págs. 9-39, pág. 36.

compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge. En todo caso, deberá preverse la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquélla”.

La normativa autonómica sí ha reconocido con carácter general al cónyuge privado del uso del inmueble distintos remedios de compensación.

10. RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL DERECHO AUTONÓMICO

Cabe decir, que el germen del régimen de guarda y custodia compartida que se ha implantado, sobre todo jurisprudencialmente, y tras la ley 15/2005, solo podrá denegarse por considerar tal régimen como específicamente contrario al interés de ese concreto menor, por ejemplo porque los progenitores vivan en diferentes ciudades.⁷¹

En España no tenemos una regulación única e igualitaria respecto del régimen de custodia compartida, ya que contamos con cinco comunidades autónomas que regulan esta situación de forma propia y autónoma: Aragón, Cataluña, Navarra, Valencia y recientemente el País Vasco. Por lo tanto, el régimen de custodia compartida como prioritaria, o no, en los casos de ruptura conyugal tiene sus particularidades en la legislación.

Ésta distinción entre regímenes nos va a permitir ver las diferencias entre estos derechos forales respecto al derecho del Código Civil en esta materia.

10.1 Aragón

El 26 de mayo de 2010 las Cortes de Aragón aprobaron la *Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres*⁷². Como establece LÓPEZ AZCONA⁷³, “el núcleo esencial de la Ley radica en el diseño del

⁷¹ GUILLARTE GUTIERREZ, V (dir), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*, Lex Nova, 2005, pág. 117

⁷² Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. BOA núm. 111 de 8 de junio de 2010 y BOE núm. 151 de 22 de junio de 2010

⁷³ LÓPEZ AZCONA, M^a A, “El tratamiento en derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida”. *Revista Boliviana de Derecho*. N^o. 19, 2015, págs. 206-235, pág. 209

régimen de guarda y custodia de los hijos menores tras la ruptura de la convivencia de sus progenitores -sin duda, la cuestión más delicada y trascendente”.

Posteriormente, la Ley 2/2010 ha sido refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el *Código del Derecho Foral Aragonés aprobado por el Gobierno de Aragón en virtud del Decreto Legislativo de 22 de marzo de 2011*⁷⁴ (de forma abreviada CFA), pasando a integrar la sección 3ª del capítulo II del título II del libro 1º CDFA.

En sus disposiciones generales, concretamente en el artículo 75.1 y 2 de dicho Código se establece que la finalidad de esta sección mencionada es *“promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar”*.

Lo que se desprende de estas líneas es que se establece la custodia compartida como opción preferente para la comunidad aragonesa, salvo que la custodia individual para uno de los progenitores sea más conveniente para el interés superior del menor. Así pues, los padres aragoneses pueden solicitar este régimen de custodia para sus hijos, a la hora de divorciarse o separarse, el cual se aplicará de forma preferente con el fin de garantizar el derecho de los hijos a un contacto directo y continuado con sus padres.

En los supuestos en los que se establezca la custodia compartida, se deberá fijar un régimen de convivencia de cada uno de los progenitores respecto con los hijos, adaptándolo a las circunstancias familiares, y garantizando que ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad. Pero en aquellos casos en los que no sea posible un régimen de custodia compartida, será fijado un sistema de custodia individual, en el cuál se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor.

⁷⁴ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. BOA núm. 67, de 29 de marzo de 2011

10.2 Cataluña

El Parlamento Catalán aprobó, en el verano de 2010 y con la *Ley 25/2010, de 29 de julio*⁷⁵, el Libro II del Código Civil catalán denominado “De la persona y la familia”, en el que se cambia el término de custodia compartida por el de responsabilidad parental compartida.

Un punto importante en este sistema autonómico es el establecimiento de un “plan de parentalidad”. Es uno de los contenidos básicos del convenio regulador y que debe presentarse tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, para prever como se ejercerán las responsabilidades parentales, que pueden afectar a los hijos comunes en caso de ruptura matrimonial.

Según la sentencia de 20 de marzo de 2014 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁷⁶, el plan de parentalidad catalán es la propuesta de un progenitor (o de ambos si es de mutuo acuerdo) para organizar la vida diaria con la finalidad de poder prevenir los problemas más frecuentes que pudieran surgir de manera que se eviten futuras discusiones entre los padres.

En la norma catalana, a diferencia de la ley aragonesa, se utilizan términos más difusos, ya que se hace referencia a que las responsabilidades parentales “mantienen un carácter compartido y se han de ejercer conjuntamente”, pero no reconoce expresamente la preferencia por la custodia compartida, aunque sí puede deducirse de la redacción de sus arts. 233.8 y 233.10 referidos, respectivamente, a la responsabilidad parental y al ejercicio de la guarda.

Estos preceptos establecen que una ruptura matrimonial no alterará las responsabilidades que los progenitores tienen respecto de sus hijos, y que dichas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida en que sea posible,

⁷⁵ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. DOGC núm. 5686, del 5 de agosto de 2010, y BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

⁷⁶ STSJC de 20 de marzo de 2014 [Roj: STSJC 2053/2014]

deben ejercerse conjuntamente. Sin embargo, la autoridad judicial, puede disponer que la guarda se ejerza individualmente si ello conviene más al interés del menor.

Pero hay que tener en cuenta, que para que el juez dictamine la guarda y custodia compartida para ambos progenitores, se tienen que dar una serie de criterios tasados en la propia ley.

Uno de los criterios que el propio legislador da mayor importancia es el criterio de la continuidad, es decir, se tiene en cuenta la forma en cómo se ha organizado la familia para el cuidado de los hijos. Además, se ha de atender a la aptitud de los progenitores para asumir las obligaciones derivadas de la custodia compartida. Así como la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, o la proximidad del domicilio de ambos etc.

De todo ello, se desprende que el régimen de custodia compartida es deseable, pero no es automático por la mera solicitud de los padres. Es el operador jurídico quien tiene que analizar de forma detallada las circunstancias concretas del caso concreto para ver si procede la custodia compartida o no.

10.3 Navarra

La Comunidad foral de Navarra ha aprobado la *Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre Custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres*⁷⁷, que entró en vigor el 28 de junio de 2011.

Según se desprende del preámbulo de dicha ley, lo que se pretende es corregir el carácter excepcional de la custodia compartida en la regulación del Código Civil: *“La regulación actual contenida en el Código Civil, aunque contempla la custodia compartida, se convierte en la práctica en excepcional en los supuestos en los que no medie acuerdo de los padres, condicionándose al informe favorable del Ministerio Fiscal”*. Su finalidad es que la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores atienda al interés superior de los mismos y a la igualdad de los progenitores, pero no toma la custodia compartida como una medida preferente en ausencia de acuerdo entre las partes.

⁷⁷ Ley foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. BON n.º 60 de 28 de marzo de 2011.

En el art. 3 se establece que “*en caso de ruptura de la convivencia, cada uno de los padres por separado o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos*”, y que la decisión que tome el juez se adoptará tras oír al Ministerio Fiscal, y teniendo en cuenta una serie de factores, al igual que la ley aragonesa y catalana, como son: la edad de los hijos, relación existente entre los padres, la cooperación entre los progenitores, arraigo social y familiar de los hijos etc.

En definitiva, puede deducirse la idea de que este modelo que retrata la ley de Navarra no se inclina por una u otra modalidad de custodia, sino que más bien las impone en plano de igualdad.

10.4 Valencia

El 5 de abril de 2011 se publicaba en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana la *Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*,⁷⁸ anulada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 2016, aunque el fallo no afecta a situaciones judiciales consolidadas.

La regla general viene recogida en el art. 5.2 de la ley, que establece que salvo que otra cosa hayan acordado los progenitores, el Juez “*atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos*”.

Esto es algo que resulta cuestionable, ya que el respeto que deben guardarse ambos progenitores es un criterio expresamente contemplado en la legislación de Navarra y Cataluña para otorgarla, por lo que este precepto no parece acorde con la protección del interés superior del menor, consagrado por el art. 39 CE.

Para REYES LÓPEZ⁷⁹ la ley valenciana “supone un impulso en pro de la plasmación y del reconocimiento fáctico del principio de igualdad entre los

⁷⁸ Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. BOE núm. 98, de 25 de abril de 2011.

⁷⁹ REYES LÓPEZ, M. J., en AA.VV.: *La Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág.18.

progenitores, al mismo tiempo que una voluntad efectiva encaminada a elegir para el menor la situación que resulte más adecuada para que sufra en la menor medida de lo posible la ruptura de sus progenitores”.

Sin embargo, el TC en la sentencia dictada el 16 de noviembre⁸⁰ ha anulado en su totalidad la ley valenciana, ya que no reconoce a la Comunidad Valenciana el derecho a legislar en materia civil. Aunque es evidente que, a pesar de su derogación, la custodia compartida va a seguir estableciéndose, no de forma automática, pero sí analizando las circunstancias del caso concreto y garantizando el interés de los menores.

Además se podría tener en cuenta para fundamentar la petición de la custodia compartida la *Ley valenciana 12/2008 de Protección Integral de la infancia y la adolescencia*⁸¹, cuyo art. 28 consagra el principio de coparentalidad.

10.5 País Vasco

El sistema adoptado por la *Ley vasca 7/2015, de 30 de junio*⁸², no otorga a la custodia compartida carácter preferente, aunque tampoco lo rechaza, en realidad, lo somete a una decisión judicial, siempre previa petición de parte.

En la norma vasca la regla general viene recogida en el art. 9.2, que establece que el Juez “*a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores*”. Igualmente, el art. 9.1, establece que “*la oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor*”. En términos parecidos a los ya vistos por la ley valenciana antes de su anulación.

En suma, en la exposición de motivos se cita lo siguiente: “*la custodia compartida como régimen más adecuado en los casos de separación o divorcio*”, ello

⁸⁰ STC de 16 de noviembre de 2016. [STC 192/2016]: Recurso de inconstitucionalidad 3859-2011 impuesto por el presidente del Gobierno.

⁸¹ Ley valenciana 12/2008 de Protección Integral de la infancia y la adolescencia. BOE núm. 200, de 19 agosto de 2008.

⁸² Ley vasca 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015.

hace que la ley se decante por esta modalidad de custodia, si bien con el condicionante de que deba ser solicitada por uno de los progenitores.

11. CONCLUSIONES

Es innegable la tendencia que se observa hacia el régimen de guarda y custodia compartida sobre el sistema de guarda y custodia monoparental o individual, ya que cada día son más las situaciones y casos que dan como resultado la existencia de un mayor número de sentencias que establecen sistemas de guarda y custodia compartida de menores.

Hemos analizado los avances sociales y por ende legislativos que ha experimentado la guarda y custodia de menores, el cambio fundamental ha sido de pasar de un sistema y regulación patriarcal, en el que existía un desequilibrio entre las igualdades del varón y la mujer respecto al cuidado de los hijos, a una regulación igualitaria, a pesar de que esta senda ha tardado en llegar a nuestra sociedad.

La igualdad, en estos casos, como en muchos otros, es un avance y un reflejo de las iniciativas y peticiones sociales que se hacen en nuestra vida cotidiana y un resultado del derecho a la igualdad consagrada en nuestra CE.

La igualdad es tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual. Pero a la hora de ponerla en práctica y de aplicarla, los jueces y tribunales deberían tener en cuenta que actualmente nuestra sociedad no es igualitaria realmente, por ello solo en los supuestos de relaciones igualitarias antes de la ruptura matrimonial se dan las condiciones necesarias para establecer un régimen de guarda y custodia compartida.

La guarda y custodia compartida es un sistema, que si reúne los factores necesarios que hemos analizado, es especialmente beneficioso para la crianza del menor, ya que en buena medida no supone una ruptura completa de la convivencia que mantenía el menor hasta la crisis del vínculo matrimonial que unía a sus padres.

Es decir, aunque se otorgue la custodia compartida y se establezcan períodos de cuidado de los progenitores respecto a los hijos, no supone un gran cambio para los hijos, tal como si podría ocurrir si se estableciera la custodia exclusiva para uno de los cónyuges, porque en éstos casos se observa como el menor crea una mayor afinidad con uno de ellos respecto con el otro y que, por ende, en algunas ocasiones solo ven una única figura, paterna o materna, como modelo a seguir.

Aunque existe una cuestión que a pesar de estar a la orden del día y que incide en estos aspectos no ha tenido grandes avances y son las situaciones de violencia doméstica o de género, que como bien sabemos muchas mujeres no presentan denuncia alguna tras haber sufrido una agresión y a pesar de tener constancia de ello la legislación solo prevé mecanismos para corregir la atribución del régimen de guarda y custodia compartida en los casos denunciados y condenados en los que exista violencia o indicios fundados de la misma. Además, no es poco usual que el hombre manipule a la mujer y ejerza control sobre ella a través y por medio de sus hijos.

No puede negarse y establecer que el Derecho de Familia no es uno de los derechos más vivos en nuestra sociedad. Está claro que la figura de la familia ha ido evolucionando y cambiando y por ello es lógico que ello se refleje en las medidas que adoptan los tribunales para dictar sus resoluciones. Aunque es evidente que muchas reformas del Gobierno referentes a la responsabilidad parental o de jurisdicción voluntaria no han salido a flote.

En la actualidad, existen resoluciones judiciales dictadas por nuestros tribunales que siguen llevando a cabo interpretaciones clásicas del Derecho de Familia, pero con carácter general, los tribunales sí que son conscientes de la evolución social que se ha producido a lo largo de la historia y por ello esos cambios deben trasladarse a una evolución legislativa y hacer nuevas interpretaciones legislativas que se adecuen a la actualidad.

12. BIBLIOGRAFÍA

ALASCIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I. “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, págs. 1-23

ALFONSO RODRIGUEZ, M^a. E. “Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y la LEC: guardia y custodia compartida”, *Anales de la facultad de Derecho*, 2006.

CAMPUZANO TOMÉ, H. “La custodia compartida.: doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales”, *Aranzadi civil: revista quincenal*, Pamplona, 2005.

COLL TELLECHEA, M^a. J., “La custodia compartida”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2001.

COLOMA ROMERO M^a. A., *La guarda y custodia compartida, una medida familiar igualitaria*. Editorial Reus S.A., Colección scientia iuridica, Madrid, 2011.

CUENA CASA, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, abril-junio, 2014.

DEL VAS GONZÁLEZ, J. M., *Instituciones Jurídicas de Protección del Menor en el Derecho Civil Español*, Colegio registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.

DÍAZ MARTÍNEZ, A, “Comentario al artículo 92 CC” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 936-954

GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, McGraw-Hill interamericana, Madrid, 1997.

GUILLARTE GUTIERREZ, V (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La custodia compartida alternativa”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2008.

GONZALEZ SARAIVA A, M^a, CRIADO GARCIA J. J (Dir.), *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*. Consejo general del poder judicial, Madrid, 2008.

LÓPEZ AZCONA, M^a A, “El tratamiento en derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida”. *Revista Boliviana de Derecho*. N^o. 19, 2015.

LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, L. “La novedosa figura de la custodia compartida tras la ley 15/2005 de 8 de julio y el interés superior del menor”, *Scio*, N^o1.

MORENO BOBADILLA, A, “El interés superior del menor en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, N^o11, 2016.

PÉREZ CONESA, C., “Inconstitucionalidad del inciso “favorable” del artículo 92.8 del Código Civil relativo a la custodia compartida solicitada por un solo cónyuge”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil*, n^o 9, 2013.

PINTO ANDRADE, C. “La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, 2015.

REYES LÓPEZ, M.J, en AA.VV.: *La Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ROCHA ESPÍNDOLA, M. “La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, N^o2, 2015.

SÁNCHEZ AGUIRRE, C. “El uso de la vivienda familiar en España en el régimen de custodia compartida”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2015.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C, “Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión”, *Actualidad Civil*, N°12, 1999.

OTERO CRESPO, M. y GARCÍA RUBIO, M. “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la ley 15/2005”, *Dereito: Revista xuridica da universidade de Santiago de Compostela*, 2005, págs. 95-129.

13. JURISPRUDENCIA

ATC 18 de diciembre de 1990 [ATC: 438/1990]

SAP de Cantabria, Sección 4ª, de 22 de junio de 2005 [Roj: SAP 366/2005]

SAP de Zaragoza de 22 de septiembre de 2005 [Roj: SAP 499/2005]

SAP de Gerona de 03 de noviembre de 2006 [Roj: SAP 408/2006].

SAP de Barcelona de 21 de marzo de 2007 [Roj: SAP 237/2007]

STJ de Cataluña de 31 de julio de 2008 [Roj: STJ 9/2008]

STS de 10 de enero de 2012 [Roj: STS 3642/2012]

SAP IB de 11 de abril de 2012 [SAP IB 819/2012]

SAP de Barcelona de 9 de mayo de 2012 [Roj: SAP B 4487/2012]

SAP de Valencia de 2 de julio de 2012 [Roj: SAP 483/2012]

STC de 17 de octubre, 2012 [RTC: 185/2012]

STS de 29 de abril de 2013 [Roj: STS 3269/2013]

STSJC de 20 de marzo de 2014 [Roj: STSJC 2053/2014]

STS de 3 de abril de 2014 [Roj: STS 181/2014]

STS de Madrid a 6 junio de 2014 [Roj: STS 2131/2014]

STS de 15 de octubre de 2014 [Roj: STS 515/2014]

STS de 22 de octubre de 2014 [Roj: STS 4084/2014]

STS de 24 de octubre de 2014 [Roj: STS 4249/2014]

STS de 16 de febrero de 2015 [Roj: STS 615/2015]

STS de 2 de marzo de 2015 [Roj: STS 111/2015]

STS de 8 de mayo de 2015 [Roj: STS 251/2015]

SAP de Murcia, Cartagena, Sec. 5.ª, a 21 de julio de 2015. [Roj: SAP MU 2272/2016]

STS de 25 de septiembre del 2015 [Roj: STS 3890/2015]

STSJ CAT de 14 de octubre de 2015 [Roj: STSJ CAT 10171/2015]

STS de Madrid a 9 de noviembre de 2015 [Roj: STS 4575/2015]

STS de 11 de febrero de 2016 [Roj: STS 359/2016]

STS de 9 de marzo de 2016 [Roj: STS 143/2016]

STS de 15 de junio de 2016 [Roj: STS 400/2016]

STC de 16 de noviembre de 2016. [STC 192/2016]